

K E N D E L S E

Cafax Gruppen A/S  
(selv)

mod

DONG Energy Oil & Gas A/S  
(selv)

Ved bekendtgørelse 2013/S 148-258274 af 30. juli 2013 offentliggjorde det norske selskab, Achilles Systems AS, »on behalf of the Nordic Utilities listed in Section 6«, herunder DONG Energy Oil & Gas A/S, en kvalifikationsordning efter artikel 53 i direktiv 2004/17/EF (forsyningsvirksomhedsdirektivet).

DONG Energy Oil & Gas A/S udsendte i november 2013 en invitation til at deltage i udbud efter forhandling om to delaftaler om levering af henholdsvis 1) levering og servicering af maskiner (espressomaskiner og kaffeautomater) og 2) kaffe, the og andre forbrugsvarer, til ansørgervirksomheder, der var kvalificeret i henhold til kvalifikationsordningen (som benævnes »Selihca Qualification System«).

Den 20. december 2013 meddelte DONG Energy Oil & Gas A/S de virksomheder, der havde indgivet tilbud, at DONG Energy Oil & Gas A/S havde besluttet at tildele delaftale 1 til Bentax ApS og delaftale 2 til Peter Larsen Kaffe A/S.

Den 7. januar 2014 indgav Cafax Gruppen A/S (klageren) klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, DONG Energy Oil & Gas A/S. Klageren, der ikke har søgt om optagelse, er ikke optaget i kvalifikationsordningen og blev som følge heraf ikke inviteret til at deltage i udbuddet med forhandling. Klageren fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 12, stk. 1, skulle beslutte, at klagen skal have opsættende virkning. Den 4. februar 2014 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning, idet indklagede havde oplyst, at rammeaftalerne var indgået. Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

»Påstand 1

Klagenævnet skal bekræfte Klagenævnets berettigelse som rette instans til indbringelse af nærværende klage.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede ikke kan gennemføre udbuddet ud fra reglerne i forsyningsvirksomhedsdirektivets Artikel 3, idet indkøb af kaffe ikke indgår som et led i udøvelsen af forsyningsvirksomhed.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 10 om ligebehandling og gennemsigtighed ved brug af overordnede generelle CPV koder ved angivelse af varetyper i bekendtgørelse om anvendelse af kvalifikationsordning.

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 10 om ligebehandling og gennemsigtighed ved anvendelse af kvalifikationssystemet Sellihca.

Påstand 5

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivets Bilag XIV om oplysninger, der skal angives i bekendtgørelser om kvalifikationsordninger, da oplysningerne i den udsendte bekendtgørelse er mangelfulde og misvisende.

#### Påstand 6

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning om gennemførelse af udbuddet ud fra forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 3.

#### Påstand 7

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning om anvendelse af kvalifikationssystemet Sellihca.

#### Påstand 8

Klagenævnet skal annullere det nuværende udbud.«

Indklagede har meddelt, at indklagede er indforstået med, at sagen behandles af klagenævnet og har i øvrigt overladt spørgsmålet om kompetence til klagenævnet.

Indklagede har for så vidt angår realiteten påstået afvisning af påstand 6-7, subsidiært, at påstandene ikke tages til følge, og i øvrigt, at klagen ikke tages til følge.

#### Sagens nærmere omstændigheder

Af indklagedes vedtægter fremgår efter det oplyste, at selskabets formål er:

»at drive virksomhed inden for energisektoren og dermed beslægtet virksomhed«

Indklagede har oplyst, at indklagede er en offentlig virksomhed i forsyningsvirksomhedsdirektivets forstand, men at indklagede ikke selv driver forsyningsvirksomhed. Det er således andre selskaber i koncernen, som driver forsyningsnet, har særlige tilladelser og forsyner forsyningsnet med blandt andet elektricitet og derfor er omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 3 og 7. Stabsfunktionerne for hele koncernen, herunder facility management, IT og en af koncernens indkøbsafdelinger, er imidlertid placeret hos indklagede. Indklagede servicerer de fire hovedforretningsområder i DONG Energy A/S: Thermal Power (blandt andet kraftvarmeværker), Wind Power Denmark (blandt andet vindparker), Customer & Markets (blandt andet salg af elektricitet og gas, drift af elnettet samt trading aktiviteter) og E & P (efterforskning og produktion af olie og gas). Indklagede har vurderet, at koncernens forsyningsvirksomhedsaktiviteter og indklagedes administrative støtte hertil gør, at indklagede vil kunne anses for at ud-

øve forsyningsvirksomhed. Det er baggrunden for, at indklagede foretager udbud efter forsyningsvirksomhedsdirektivet.

Af bekendtgørelsen om kvalifikationsordningen af 30. juli 2013 fremgår blandt andet:

**»Section I: Contracting entity**

**I.1) Name, addresses and contact point(s)**

Achilles Systems AS on behalf of the Nordic utilities listed in Section VI

P.O. Box 1817, Stoa

For the attention of: N/A

4858 Arendal

NORWAY

Telephone: +47 37063530

E-mail: nordic@achilles.com

Fax: +47 37063531

**Internet address(es):**

General address of the contracting entity:

<http://www.achilles.com>

Address of the buyer profile:

<http://www.doffin.no/notice/AuthProfile.aspx?ID=AA7029>

**Further information can be obtained from** The above mentioned contact point(s)

**Further documentation can be obtained from** The above mentioned contact point(s)

**Requests to participate or candidatures must be sent to** The above mentioned contact point(s)

**I.2) Main activity**

Production, transport and distribution of gas and heat

Electricity

Exploration and extraction of gas and oil

Exploration and extraction of coal and other solid fuels

Water

Port-related activities

**I.3) Contract award on behalf of other contracting entities**

**Section II: Object of the qualification system**

**II.1) Title attributed to the contract by the contracting entity:**

SELLIHCA

**II.2) Type of contract**

Supplies

**II.3) Description of the works, services or goods to be procured through the qualification system:**

SELLIHCA is a qualification system for suppliers to utilities operating within production, transmission and distribution of electric power, district heating/cooling, water supply and associated services.

SELLIHCA has been established as an industry-based scheme in order to improve efficiency and reduce costs throughout the supply chain for both buyers and suppliers and to ensure that supplier applications are dealt with fairly and consistently by subscribing utilities.

Utilities subscribing to SELLIHCA are listed here

<http://www.achilles.com/files/communitypdfs/Sellihca/Sellihca-customers-en.pdf>

When utilities decide to subscribe to SELLIHCA an additional notice is published.

The subscribing utilities will use SELLIHCA for requirements subject to EU procurement rules, but reserve the right to publish individual notices for specific requirements where they deem it necessary, even though they relate to the product and service categories covered by SELLIHCA. The qualification system may be used for contracts not subject to EU procurement rules at each subscriber's discretion. Subscribing utilities may use SELLIHCA for sourcing goods and services related to facilities or operations beyond the European Economic Area (EEA).

A complete overview of products and services acquired through SELLIHCA is available here

<http://www.achilles.com/files/communitypdfs/Sellihca/sellihca-codes-en.pdf>

However as SELLIHCA is in transition to a new set of product and service codes suppliers and contractors are requested to select those as well

<http://www.achilles.com/files/communitypdfs/Sellihca/sellihca-aucs-codes-en.pdf>

The qualification process may consist of several stages where pre-qualification in SELLIHCA is common for all participating utilities, while the individual utility may add other stages. Some utilities have established extended pre-qualification requirements regarding Language, Personnel skills, Insurances etc. If a subscribing utility considers the information available after the initial qualification stage as inadequate to establish a bidders list, a request for additional information will be sent out to pre-qualified suppliers. The preparation of bidder lists will be established based on suppliers and contractors which have passed the initial pre-qualification, without further notification of requirements in the 'Supplement to the Official Journal of the European Communities' (OJEU/TED).

NOTE: To register your interest in this notice and obtain any additional information please visit the Doffin Web Site at [http://www.doffin.no/Search/Search\\_Switch.aspx?ID=300252](http://www.doffin.no/Search/Search_Switch.aspx?ID=300252).

#### **II.4) Common procurement vocabulary (CPV)**

03000000, 09000000, 14000000, 15000000, 16000000, 18000000, 19000000, 22000000, 24000000, 30000000, 31000000, 32000000, 33000000, 34000000, 35000000, 37000000, 38000000, 39000000, 42000000, 43000000, 44000000, 48000000, 41000000

#### **II.5) Information about Government Procurement Agreement (GPA)**

### **Section III: Legal, economic, financial and technical information**

#### **III.1) Conditions for participation**

##### **III.1.1) Qualification for the system:**

Conditions to be fulfilled by economic operators in view of their qualification: Suppliers and contractors may apply for qualification at any time. Qualification in SELLIHCA requests the suppliers and contractors to complete an Order Form including company name, address, legal entity no. and contact person and pay an annual qualification fee, levied as a contribution towards the annual administration costs of SELLIHCA. The annual fee is ranging from NOK 3900 to 7900. VAT will be added for Norwegian suppliers and contractors. The Order Form can be obtained from Achilles or accessed here

<http://www.achilles.com/files/communitypdfs/Sellihca/sellihca-orderform-en.pdf>

In addition qualification in SELLIHCA requests the suppliers and contractors as a general rule to complete an electronic questionnaire covering detailed information about: General information, Personnel, Locations, Associated companies, Legal and Financial information, Quality System information, Health, Safety and Environmental System information, Capacity Information, Information regarding products and services offered including references from past supplies.

Certain basic commercial requirements must be satisfied (i.e. up to date with payment of public fees and taxes, public registration of the legal entity, the supplier is not involved in any debt settlement proceedings or in any other way placed under public administration). SELLIHCA is open to manufacturers or distributors making business arrangements directly with the buyer (direct contractual relationship between the manufacturers/distributors and the buyer). Managing Director/CEO of the supplier or contractor organisation must confirm the validity of the information provided via the electronic questionnaire, and

grants the subscribers the right to perform QA and HSE verification audits upon prior written notice. The preparation of bidder lists will then be established based on suppliers and contractors which have passed the initial pre-qualification.

Please find more information about the qualification requirements and required documentation here

<http://www.achilles.com/files/communitypdfs/Sellihca/sellihca-requirements-en.pdf>

### **III.1.2)Information about reserved contracts**

## **Section V: Procedure**

### **IV.1)Award criteria**

#### **IV.1.1)Award criteria**

The most economically advantageous tender in terms of the criteria stated in the specifications or in the invitation to tender or to negotiate

#### **IV.1.2)Information about electronic auction**

#### **IV.2)Administrative information**

#### **IV.2.1)File reference number attributed by the contracting entity:**

Annual Notice July 2013

#### **IV.2.2)Duration of the qualification system**

Indefinite duration

#### **IV.2.3)Information about renewals**

Renewal of the qualification system: yes

formalities necessary for evaluating if requirements are met: The qualification system is in principle of unlimited duration, but supplier and contractor information must be updated minimum once per year. Suppliers and contractors that wish to qualify for the first time can obtain further information about the qualification requirements and process from Achilles referred to in Section 1 ([www.achilles.com](http://www.achilles.com)). For suppliers and contractors already qualified under this scheme a reminder for renewal will be sent directly to such companies well before expiry of the qualification period.

The cost of qualification is ranging from NOK 3900 to 7900 payable prior to the dispatch of the qualification documentation. VAT will be added for Norwegian suppliers.

Suppliers and contractors already qualified are able to update their information in the qualification system at any time during the qualification period.

## **Section VI: Complementary information**

### **VI.1)Information about European Union funds**

### **VI.2)Additional information:**

All members:

Amager Ressourcecenter Amager Ressourcecenter John Nedskov Kraftværksvej 31, 2300 København S Denmark +45 32 68 94 26 jon@a-r-c.dk

DONG E&P A/S DONG Energy Johnny Mikkelsen Nesa Allé 1, 2820 Gentofte Denmark +45 99 55 91 73 jmikk@dongenergy.dk

DONG Energy - Anholt Offshore A/S DONG Energy Procurement - Capex Wind Power Nesa Allé 1, 2820 Gentofte Denmark +45 99 55 43 30 windpowersupplier@dongenergy.dk

DONG Energy A/S and companies in which DONG Energy A/S directly or indirectly owns half or more than half the capital or business assets, or has the power to exercise half or more than half the voting rights, or has the power to appoint half or more than half the members of the supervisory board, the administrative board or bodies legally representing the undertakings, or has the right to manage the undertakings' affairs. DONG Energy Nesa Allé 1, 2820 Gentofte Denmark +45 99 55 43 16

DONG Energy Borkum Riffgrund I GmbH DONG Energy Procurement - Capex Wind Power Van-der-Smissen-Str. 9, 22767 Hamburg Denmark +45 99 55 11 11 windpowersupplier@dongenergy.dk

DONG Energy Borkum Riffgrund II GmbH DONG Energy Procurement - Capex Wind Power Van-der-Smissen-Str. 9, 22767 Hamburg Denmark +45 99 55 11 11 windpowersupplier@dongenergy.dk

DONG Energy Borkum Riffgrund West I GmbH DONG Energy Procurement - Capex Wind Power Van-der-Smissen-Str. 9, 22767 Hamburg Denmark +45 99 55 11 11 windpowersupplier@dongenergy.dk

DONG Energy Gode Wind I GmbH DONG Energy Procurement - Capex Wind Power Van-der-Smissen-Str. 9, 22767 Hamburg Denmark +45 99 55 11 11 windpowersupplier@dongenergy.dk

DONG Energy Gode Wind II GmbH DONG Energy Procurement - Capex Wind Power Van-der-Smissen-Str. 9, 22767 Hamburg Denmark +45 99 55 11 11 windpowersupplier@dongenergy.dk

DONG Energy Oil & Gas A/S DONG Energy Nesa Allé 1, 2820 Gentofte Denmark +45 99 55 43 16

DONG Energy Sales & Distribution A/S DONG Energy Jesper Graffe Nesa Allé 1, 2820 Gentofte Denmark +45 99 55 43 15 jesgr@dongenergy.dk

...[Der nævnes et betydeligt antal yderligere selskaber i DONG]

E.ON Danmark A/S E.ON Nordic Henrik Frank Nielsen Nørrelundvej 10, 2730 Herlev Denmark +45 30 38 61 78 henrik.frank.nielsen@eon.dk



...[Der nævnes et betydeligt antal yderligere danske selskaber i energisektoren]

Fortum Sähkösiirto Oy Fortum Sähköyhtiöntie 2-6, 21530 Paimio Finland

Pamilo Oy Vattenfall Jari Keskinen Televisiokatu 4A, 00240

Helsinki Finland +358 20 710 2087

jari.keskinen@vattenfall.com

...[Der nævnes et yderligere finske selskab i energisektoren]

Knapsack Power GmbH & Co KG Statkraft Kjetil Forfang

P.O.Box 200 Lilleaker, 0216 Oslo Germany +47 24 06 70 00

supplierqualification@statkraft.com

...[Der nævnes yderligere tyske selskaber i energisektoren]

Agder Energi Kraftforvaltning AS Agder Energi Sverre Benestad

P.O.Box 603 Lundsiden, 4606 Kristiansand Norway +47 38

60 71 84 sverre.benestad@ae.no

...[Der nævnes et meget betydeligt antal yderligere norske selskaber i energisektoren]

Göteborg Energi AB Göteborg Energi Per-Ove Jonsson P.O.Box

53, 401 20 Göteborg Sweden per-

ove.jonsson@goteborgenergi.se

...[Der nævnes et betydeligt antal yderligere svenske selskaber i energisektoren]

### **VI.3) Procedures for appeal**

#### **VI.3.1) Body responsible for appeal procedures**

Domstol Administrasjonen

Postboks 5678 Sluppen

7485 Trondheim

NORWAY

E-mail: postmottak@domstoladministrasjonen.no

#### **Body responsible for mediation procedures**

Kofa

Postboks 439 Sentrum

5805 Bergen

NORWAY«

De anførte CPV-koder dækker over følgende overordnede kategorier:

03000000 - Produkter fra landbrug, husdyrbrug, fiskeri og skovbrug samt lignende produkter

09000000 - Mineralolieprodukter, brændselsstoffer, elektricitet og andre energikilder

14000000 - Minedriftsprodukter, basismetaller og beslægtede produkter

15000000 - Fødevarer, drikkevarer, tobak og beslægtede produkter

16000000 – Landbrugsmaskiner

- 18000000 - Beklædningsartikler, fodtøj, bagageartikler og tilbehør
- 19000000 - Læder og tekstilstoffer, plast- og gummimaterialer
- 22000000 - Tryksager og beslægtede produkter
- 24000000 - Kemiske produkter
- 30000000 - Kontor- og edb-maskiner, -udstyr og -artikler, herunder ikke møbler og softwarepakker
- 31000000 - Elektriske maskiner, apparatur, udstyr og forbrugsartikler; belysning
- 32000000 - Radio-, fjernsyns-, kommunikations- og telekommunikationsudstyr og beslægtet udstyr
- 33000000 - Medicinsk udstyr, lægemidler og produkter til personlig pleje
- 34000000 - Transportudstyr og transporthjælpemidler
- 35000000 - Sikkerheds-, brandbekæmpelses, politi- og forsvarsudstyr
- 37000000 - Musikinstrumenter, sportsvarer, spil, legetøj, kunsthåndværks- og kunstnerartikler, tilbehør
- 38000000 - Laboratorieudstyr, optisk udstyr og præcisionsudstyr (ikke briller)
- 39000000 - Inventar (inkl. kontorinventar), boligudstyr, husholdningsapparater (ekskl. belysning) og rengøringsmidler
- 41000000 - Indvundet og rensset vand
- 42000000 - Industrimaskiner
- 43000000 - Maskiner til minedrift, stenbrydning samt bygge- og anlæg
- 44000000 - Byggekonstruktioner og -materialer; andre byggevarer (undtagen elapparatur)
- 48000000 - Programpakker og informationssystemer

Klageren har oplyst, at klageren i september 2013 blev opmærksom på, at indklagede forventede at gennemføre et udbud af kaffe, the og kaffemaskiner, og at indklagedes udbud ville blive gennemført efter forsyningsvirksomhedsdirektivet »samt via kvalifikationssystemet Achilles«. Klageren forventede, at der ville blive offentliggjort en udbudsbekendtgørelse vedrørende udbuddet eller en udbudsbekendtgørelse fra indklagede om kvalifikationssystemet, men blev den 15. november 2013 bekendt med, at indklagede allerede havde gennemført kvalifikationsprocessen, og at klageren derfor ikke kunne komme i betragtning som tilbudsgiver. Klageren har kontaktet både Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen og Udbudsportalen og er blevet rådet til at indgive denne klage, da den procedure, indklagede har anvendt, anses for at være i en »gråzone«.

Indklagede har fremlagt en e-mail af 25. september 2013 til klageren, hvori indklagede orienterede om det kommende udbud af levering af kaffe, the mv. samt kaffemaskiner og service herpå. Indklagede oplyste i e-mailen, at udbuddet ville ske via kvalifikationssystemet Sellihca, og opfordrede klageren, som man anså for en potentiel leverandør, til at lade sig registrere under CVR-numrene 1.99.6 Food and Beverages og 1.99.4 Catering Equipment and Supplies for at kunne komme i betragtning under udbuddet. Der blev efter det oplyste sendt en lignende e-mail til andre potentielle leverandører af de pågældende produkter.

I en e-mail af 2. oktober 2013 til indklagede anførte klageren, at klageren ikke mente, at udbuddet kunne ske i henhold til forsyningsvirksomhedsdirektivet. Desuden var betalingen efter klagerens opfattelse for høj og derfor i strid med proportionalitets- og lighedsprincippet.

Indklagede meddelte i en e-mail af 9. oktober 2013, at udbuddet ville ske som planlagt, og opfordrede igen klageren til at lade sig registrere i kvalifikationsordningen, hvis klageren ønskede at deltage i udbuddet.

Indklagede iværksatte udbuddet den 6. november 2013. På det tidspunkt havde klageren ikke ladet sig registrere, og klageren blev derfor ikke indbudt til at deltage i udbuddet.

Indklagede har oplyst, at optagelse i kvalifikationssystemet normalt tager ca. 2 uger, men kan ske på få dage, hvis ansøgeren med det samme sender alle dokumenter. Det kan også tage længere tid end 2 uger, hvis der ikke sendes de korrekte dokumenter.

Ifølge ansøgningsblanketten til systemet udgør betalingen:

- NOK 3.900 for at blive registreret på 1-5 koder
- NOK 4.900 for at blive registreret på 6-15 koder
- NOK 5.900 for at blive registreret på 16-25 koder
- NOK 7.900 for at blive registreret på flere end 25 koder

Det angives, at gebyrerne skal betales, når der ansøges om prækvalifikation, og at de ikke kan refunderes. I blanketten er det detaljeret angivet, hvilke krav der stilles, og hvilke oplysninger der skal gives for at kvalificere sig.

Ifølge indklagede optages næsten alle virksomheder, der besvarer spørgeskemaet og giver de krævede oplysninger, i ordningen.

Indklagede har oplyst, at de ordregivervirksomheder, herunder indklagede, der benytter kvalifikationsordningen, også betaler for brug af Sellihca Qualification System. Betalingen afhænger af ordregiverens omsætning, som for indklagedes vedkommende primært vedrører levering af ydelser til andre koncernselskaber. Indklagede har overfor klagenævnet oplyst, hvad betalingen udgør i 2013. Betalingerne i form af gebyrer og betalinger fra ordregiverne tilfalder det norske selskab, Achilles Systems AS, som stiller IT-plattformen, der anvendes, til rådighed. Achilles Systems AS bistår desuden potentielle leverandører i ansøgnings- og kvalifikationsprocessen, herunder med at besvare spørgeskemaer, validering af besvarelser mv.

### Parternes anbringender

#### Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at indklagede kun er underlagt forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 3 for så vidt angår aktiviteter, der udføres som led i forsyningsvirksomhed. Da indkøb af kaffe ikke kan anses for at være et led i udøvelse af forsyningsvirksomhed, er dette indkøb undtaget forsyningsvirksomhedsdirektivet og i stedet omfattet af udbudsdirektivet, eller også er det slet ikke omfattet af udbudsreglerne.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede har anset sig for omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet i relation til sin støtte – i form af indkøb til brug for – koncernens (forsyningsvirksomheds)aktiviteter. Hvis indklagede ikke er omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet (fordi indklagede ikke selv udfører forsyningsvirksomhed), er indklagede ikke udbudspligtig efter udbudsdirektivet, da indklagede er en offentlig virksomhed og ikke et offentligretligt organ. I så fald er der intet til hinder for, at indklagede foretager et frivilligt udbud efter forsyningsvirksomhedsdirektivet.

#### Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at indklagede, såfremt udbuddet anses for underlagt forsyningsvirksomhedsdirektivet, har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i direktivets artikel 10 ved kun at

anføre helt generelle og overordnede CPV-koder. Ved angivelse af sådanne helt generelle CPV-koder kan potentielle tilbudsgivere ikke skabe sig et overblik over, hvorvidt der reelt vil være et tilbud inden for netop deres forretningsområde. For eksempel er det nødvendigt at registrere sig i systemet for at finde ud, om CPV-kode 15000000, der vedrører »fødevarer, drikkevarer, tobak og beslægtede produkter«, er udtryk for, at indklagede har et udbud på et produkt, som klageren kan levere.

Indklagede har gjort gældende, at det ikke er i strid med gennemsigtigheds- eller ligebehandlingsprincippet at angive overordnede CPV-koder i bekendtgørelsen om kvalifikationsordningen. Formålet med bekendtgørelsen er at gøre opmærksom på, at kvalifikationsordningen eksisterer, og det formål tilgodeses. Formålet er ikke at bekendtgøre de enkelte udbud. Det ville ikke gøre det mere gennemsigtigt, hvis samtlige underliggende CPV-koder også blev offentliggjort. Det ville tværtimod gøre bekendtgørelsen fuldstændig uoverskuelig.

#### Ad påstand 4

Klageren har gjort gældende, at anvendelsen af kvalifikationssystemet er yderst byrdefuldt økonomisk for tilbudsgiveren, da et abonnement koster mellem NOK 3.900 og NOK 7.900, jf. punkt III.1.1) i udbudsbekendtgørelsen. En ekstraomkostning af en sådan størrelse vil ofte øge de samlede omkostninger til udfærdigelsen af tilbuddet med mindst 30-40 %. Gebyret strider mod ligebehandlingsprincippet, da det vil have en afskrækkende effekt på mindre virksomheder.

Indklagede har gjort gældende, at det er lovligt at kræve betaling for optagelse i en kvalifikationsordning. Gebyrerne er endvidere proportionale set i forhold til de opgaver, som Achilles Systems AS udfører på vegne indklagede og henset til størrelsen af udbuddet, der både tidsmæssigt og økonomisk har væsentlig værdi. Desuden er gebyrerne gradueret, så virksomheder, der nøjes med at lade sig registrere med for eksempel 5 koder, betaler et mindre gebyr end virksomheder, der lader sig registrere med flere koder.

#### Ad påstand 5

Klageren har gjort gældende, at oplysningerne i kvalifikationsbekendtgørelsens punkt VI.3.1) ikke opfylder kravet i punkt 8 bilag XIV til Forsynings-

virksomhedsdirektivet om »Navn og adresse på det kompetente klage- og om nødvendigt mæglingsorgan...«.

Kravet i bilag XIV punkt 6 (klageren mener formentlig punkt 3) kan heller ikke anses for opfyldt, da der ikke i bekendtgørelsens punkt II.3) og II.4) er nogen præcis angivelse af indklagedes forventede indkøb.

Indklagede har gjort gældende, at kvalifikationsordningen omfatter ordregivere fra mange forskellige lande. Ved elektronisk bekendtgørelse er det indklagede bekendt kun muligt at angive et enkelt organ med ansvar for klageprocedurer samt et enkelt organ med ansvar for mæglingsprocedurer. Det beror derfor på praktiske vanskeligheder med standardformularerne, at klageorganet mv er beskrevet, som det er.

Hvis der stod flere klageorganer nævnt i annoncen ville det også kunne føre til den upraktiske situation, at svenske ordregivere blev indbragt for klageorganer i for eksempel Tyskland – og omvendt.

Det er desuden hensigtsmæssigt, at der kan angives et enkelt klageorgan. For eksempel afholdes der i DONG-koncernen udbud, der vedrører koncernselskaber i forskellige lande. I sådanne tilfælde kan koncernen have interesse i, at alle klager indbringes for samme klageorgan. Dette må anses for lovligt og overensstemmende med almindelige litispændens principper, hvis angivelsen kan begrundes sagligt med for eksempel kontraktens genstand/udførelsessted, ordregivers hjemsted mv.

Som nævnt er indklagede i øvrigt indforstået med, at sagen behandles af klagenævnet.

Indklagede har ikke kommenteret den del af påstanden, der vedrører bilag XIV punkt 6 (formentlig punkt 3), udover det, der fremgår ad påstand 3.

#### Ad påstand 6-8

Klageren har vedrørende påstand 6 henvist til det, der er gjort gældende vedrørende påstand 2. Vedrørende påstand 7 har klageren henvist til det anførte om påstand 4 og vedrørende påstand 8 har klageren henvist til det, som er gjort gældende vedrørende påstand 1-7.

Indklagede har gjort gældende, at påstand 6 og 7 skal afvises. Udbuddet er således gennemført, og der er derfor ikke noget at annullere. Det samme gælder beslutningen om at anvende Sellihca Qualification System. For så vidt angår påstand 8 er der ikke grundlag for annullation.

#### Klagenævnet udtaler:

#### Klagenævnets kompetence

Om klagenævnets kompetence (klagerens påstand 1) anførte klagenævnet i kendelsen af 4. februar 2014:

»Forslaget til nyt forsyningsvirksomhedsdirektiv (hvor den seneste version er Europa-Parlamentets lovgivningsmæssige beslutning af 15. januar 2014 om forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester (COM(2011)0895 – C7-0007/2012 – 2011/0439(COD)) indeholder i artikel 56 og 57 forslag til bestemmelser om fælles udbud, der foretages af flere ordregivere og af ordregivere i flere medlemslande samt om brug af indkøbscentraler i andre medlemslande. Artikel 57 indeholder herunder bestemmelser om lovvalg ved brug af en indkøbscentral i et andet medlemsland (hvor indkøbscentralens lov finder anvendelse) og om aftalemæssig vedtagelse af, hvilken lov der skal anvendes ved tildeling af kontrakter i henhold til fælles udbud, foretaget af ordregivere i mere end en medlemsstat.

Det nugældende forsyningsvirksomhedsdirektiv indeholder ikke tilsvarende regler om fælles udbud foretaget af ordregivere i mere end én medlemsstat. Der er herunder ikke regler, der gør det muligt for sådanne ordregivere at vælge, hvilken udbudslovgivning blandt flere mulige der skal finde anvendelse.

Efter forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 53 og direktivet i øvrigt ses der ikke at være noget til hinder for fælles udbud foretaget af ordregivere i flere medlemslande. Det må også antages, at en bekendtgørelse om kvalifikation kan omfatte flere forskellige ordregivere, og herunder som tilfældet er her ordregivere i forskellige medlemslande. Der ses heller ikke at være noget til hinder for, at de enkelte ordregivere herefter selv foretager de konkrete udbud blandt de virksomheder, der er kvalificerede i henhold til den fælles ordning.

I mangel af anden regulering må det antages, at udbudslovgivningen i hver enkelt ordregivers land finder anvendelse både for så vidt angår den pågældende ordregivers deltagelse i den fælles kvalifikationsordning og med hensyn de konkrete udbud, ordregiveren herefter foretager. Det kan herunder ikke antages, at ordregiverne, når der ikke er særlig hjemmel hertil, kan beslutte, at det kun er et medlemslands udbudslovgivning, som finder anvendelse på kvalifikationsordningen og de enkelte udbud.

Klagenævnet anser sig på den baggrund for kompetent til at behandle klagen, jf. håndhævelseslovens § 1, stk. 1, jf. stk. 2, nr. 1, og § 6, stk. 1, nr. 1. Klagenævnet anser herved indklagede for den, der som ordregiver er ansvarlig for kvalifikationsbekendtgørelsen og anvendelsen af Sellihca kvalifikationssystemet. Achilles AS må således betragtes som en tjenesteyder, der for indklagede og de øvrige ordregivere forestår den praktiske håndtering af kvalifikationsordningen ved hjælp af den anvendte platform (Sellihca Qualification System). Indklagede er ligeledes den ansvarlige ordregiver i relation til det konkrete udbud med forhandling.«

Der er ikke fremkommet yderligere oplysninger, der giver anledning til en ændret vurdering af kompetencespørgsmålet.

### Ad påstand 2

Udbudsdirektivet gælder, jf. artikel 7, for offentlige kontrakter, der overstiger de i bestemmelsen anførte tærskelværdier. Direktivet gælder ikke, hvis kontrakten falder under forsyningsvirksomhedsdirektivet, jf. artikel 12.

Offentlige kontrakter er ifølge udbudsdirektivets artikel 1, stk. 2, litra a, aftaler som indgås af en eller flere »ordregivende myndigheder«.

»Ordregivende myndigheder« er ifølge udbudsdirektivets artikel 1, stk. 9, staten, regionale eller lokale myndigheder, offentligretlige organer og sammenslutninger af en eller flere af disse myndigheder eller et eller flere af disse offentligretlige organer.

»Offentligretlige organer« defineres i artikel 1, stk. 9, som:

»ethvert organ:



- a) der er oprettet specielt med henblik på at imødekomme almenhedens behov, dog ikke behov af industriel og kommerciel karakter,
- b) som er en juridisk person og
- c) hvis drift enten for størstedelens vedkommende finansieres af staten, regionale eller lokale myndigheder eller andre offentligretlige organer, eller hvis drift er underlagt disses kontrol, eller hvortil staten, regionale eller regionale myndigheder udpeger mere end halvdelen af medlemmerne i administrations-, ledelses- og tilsynsorganet.«

Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 2, stk. 1, litra a, indeholder en lignende definition af ordregivende myndigheder og offentligretlige organer, og definerer i litra b »offentlige virksomheder« som virksomheder, som de ordregivende myndigheder direkte eller indirekte kan have bestemmende indflydelse på som følge af ejerforhold, kapitalindskud eller de for virksomheden gældende regler.

Af forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 3, stk. 1 og 3, jf. artikel 2, stk. 2, litra a, følger, at ordregivere, som er ordregivende myndigheder eller offentlige virksomheder, er omfattet af direktivet, for så vidt angår virksomhed bestående i:

- »a) tilrådighedsstillelse eller drift af faste net til betjening af offentligheden i forbindelse med produktion, transport eller distribution af gas eller varme,
- b) forsyning af disse net med gas eller varme.

henholdsvis

- a) tilrådighedsstillelse eller drift af faste net til betjening af offentligheden i forbindelse med produktion, transport eller distribution af elektricitet,
- b) forsyning af disse net med elektricitet.«

Det følger endvidere af artikel 7, jf. artikel 2, stk. 2, litra a, at ordregivere, som er ordregivende myndigheder eller offentlige virksomheder, er omfattet af direktivet, for så vidt angår:

»udnyttelse af et geografisk område med henblik på:

- a) efterforskning eller udvinding af olie, gas, kul eller andet fast brændsel eller

...«

Indklagede er ikke en del af staten eller en lokal eller regional myndighed og kan efter det oplyste heller ikke anses for et offentligretligt organ, idet indklagede ikke opfylder betingelsen i litra a) i udbudsdirektivets artikel 1, stk. 9, og forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 2, stk. 1, litra a, 1. pind, om at være oprettet specielt med henblik på at imødekomme »almenhedens behov, dog ikke behov af industriel og kommerciel karakter.« Indklagede er således ikke en »ordregivende myndighed« i udbudsdirektivets forstand. Tilbudslovens afsnit II gælder heller ikke for indklagede, jf. lovens § 15 a, stk. 2, som definerer anvendelsesområdet for afsnit II som følger:

»Stk. 2. Dette afsnit gælder for statslige, regionale og lokale myndigheder og offentligretlige organer. Afsnittet gælder dog ikke, når kontrakten indgås til brug for virksomhed omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet.«

Offentligretlige organer defineres i § 15 b, nr. 6, som »Organer som defineret i udbudsdirektivet og bilag III hertil.«

Indklagede er derimod en »offentlig virksomhed«, jf. definitionen herpå i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 2, stk. 1, litra b.

Det samme gælder en række selskaber i DONG-koncernen, som driver forsyningsvirksomhed, jf. forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 3, stk. 1 og/eller stk. 3, eller artikel 7. De sidstnævnte selskaber er udbudspligtige efter forsyningsvirksomhedsdirektivet vedrørende indkøb, som ligger over tærskelværdierne. Det gælder, uanset om indkøbet drejer sig om udstyr, som specifikt er udformet til brug for den pågældende forsyningsvirksomhedsaktivitet (f.eks. el-turbiner eller olieplatforme), eller om der er tale om varer, der indkøbes til brug for virksomheden, men som i princippet også kan anvendes til andet end forsyningsvirksomhed og af andre virksomheder end forsyningsvirksomheder, herunder også kaffe, the mv. og kaffemaskiner med tilhørende service.

Efter de foreliggende oplysninger driver indklagede ikke selv forsyningsvirksomhed. Isoleret betragtet er indklagede derfor ikke udbudspligtig efter forsyningsvirksomhedsdirektivet. Da indklagede er en offentlig virksomhed, og ikke et offentligretligt organ, er indklagede heller ikke udbudspligtig efter udbudsdirektivet.

Efter det oplyste har man imidlertid i DONG-koncernen foretaget en opdeling af opgaverne i koncernen, således at indklagede indkøber varer mv. til brug for forsyningsvirksomhedsselskaberne i koncernen.

Forsyningsvirksomhedsselskaberne i DONG-koncernen kan i det omfang, betingelserne i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 23 er opfyldt, foretage indkøb hos en »tilknyttet virksomhed« uden udbud.

Det forekommer nærliggende, at indklagede opfylder betingelserne for at være en »tilknyttet virksomhed« i artikel 23, stk. 1, og at indklagedes koncerninterne salg til forsyningsvirksomhedsselskaberne i koncernen af de varer, som indkøbes blandt andet via det udbud, denne sag drejer sig om, derfor kan ske uden udbud.

Omgåelseshensyn taler med styrke for, at en sådan koncernintern »divisio-  
nering« af opgaverne, hvorefter indkøb til brug for udbudspligtige forsyningsvirksomhedsselskaber foretages af et selskab som indklagede, der ikke selv er udbudspligtigt efter forsyningsvirksomhedsdirektivet eller udbudsdirektivet, ikke kan føre til, at udbud kan undlades. Klagenævnet finder derfor, at man i DONG-koncernen med rette har anset indklagedes indkøb til brug for forsyningsvirksomhedsselskaberne i koncernen for omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet.

Hvis indklagede ikke var udbudspligtig efter forsyningsvirksomhedsdirektivet vedrørende disse indkøb, ville konsekvensen i øvrigt blot være, at indklagede slet ikke var forpligtet til at foretage udbud eller annoncering, idet indklagede som nævnt ikke er omfattet af udbudsdirektivet eller tilbudslovens afsnit II.

Der er i så fald intet til hinder for at en ordregiver, som ikke er forpligtet hertil, foretager frivillige udbud under anvendelse af procedurerne i udbudsdirektiverne.

Påstanden tages herefter ikke til følge.

Ad påstand 3

Ved udbud ved bekendtgørelse om anvendelse af en kvalifikationsordning udvælges tilbudsgiverne ved begrænset udbud eller udbud med forhandling blandt de ansøgere, der er kvalificerede i henhold til ordningen, jf. forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 53, stk. 9. Heraf og af den øvrige del af artikel 53 følger, at kvalifikationsordningen har til formål at skaffe en liste over som udgangspunkt egnede ansøgere. Det egentlige udbud sker først, når ordregiveren har et konkret indkøbsbehov og så på grundlag af udbudsbetingelser med en nærmere angivelse af, hvad der ønskes indkøbt og på hvilke betingelser.

Ifølge artikel 53, stk. 8, jf. artikel 41, stk. 3, skal ordregivere, der anvender en kvalifikationsordning, offentliggøre en bekendtgørelse i overensstemmelse med direktivets bilag XIV.

Det følger af bilag XIV, at bekendtgørelsen blandt andet skal indeholde:

»3. Kvalifikationsordningens formål (beskrivelse af de varer, tjenesteydelser eller bygge- og anlægsarbejder eller kategorier heraf, der skal anskaffes via denne ordning – (reference-nummer (numre) i nomenklaturen)«

Der er ikke i bilaget stillet krav om en mere indgående beskrivelse af de varer m.v., der skal anskaffes.

I kvalifikationsbekendtgørelsen af 30. juli 2013 er der givet en beskrivelse, som alene består i de overordnede CPV-numre blandt andet 15000000 - Fødevarer, drikkevarer, tobak og beslægtede produkter. Det fremgår tillige, hvilke virksomheder bekendtgørelsen vedrører, og at der er tale om en ikke tidsbegrænset kvalifikationsordning. På den baggrund – og efter formålet med en kvalifikationsordning som den her foreliggende – måtte det stå potentielle leverandører klart, at kvalifikationsordningen vedrører alle de behov, der kan opstå hos de omfattede virksomheder for at indkøbe produkter inden for de nævnte overordnede produktkategorier. En virksomhed, der måtte have interesse i kvalifikationsordningen, kunne i øvrigt, før den indgav ansøgning om optagelse i ordningen, rette henvendelse til den/de ordregivere, som virksomheden umiddelbart måtte finde det interessant at levere til for at få oplysning om påtænkte indkøb under ordningen.

Klagenævnet finder herefter, at der ikke stilles krav om en mere detaljeret angivelse af CPV-referencer end den, som er givet i kvalifikationsbekendtgørelsen.

Påstanden tages derfor ikke til følge.

#### Ad påstand 4

Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 53 og artikel 41, stk. 3, samt bilag XIV indeholder ikke bestemmelser om betaling ved ansøgning om optagelse i og for at være registreret i en kvalifikationsordning.

Artikel 15 i forsyningsvirksomhedsdirektivet og artikel 33 i udbudsdirektivet om brug af dynamiske indkøbssystemer indeholder derimod i stk. 7 et forbud mod at pålægge ansøgerne eller parterne i et sådant system administrationsgebyrer.

Efter klagenævnets opfattelse kan der kræves et administrationsgebyr for at blive optaget i og være registreret i en kvalifikationsordning efter forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 53, således at ansøgere, som ønsker at være optaget i systemet, betaler de omkostninger, der er forbundet med at optage og administrere ansøgeren i ordningen. Dette forudsat, at betalingen afspejler de nævnte faktiske udgifter, er rimelig og proportionel, og ikke diskriminerer eller hindrer adgangen til kvalifikationsordningen, jf. tilsvarende »Commission Staff Working Document – Requirements for conducting public procurement using electronic means under the new public procurement Directives 2004/18/EC and 2004/17/EC« punkt 2.1.1. Vælger ordregiveren, som tilfældet er her, at anvende en professionel tjenesteyder, der stiller et elektronisk system til rådighed mod betaling, til at varetage og administrere kvalifikationsordningen, kan ordregiveren kræve, at deltagerne i kvalifikationsordningen betaler de årlige gebyrer, tjenesteyderen kræver for at optage og administrere deltagerne i ordningen, forudsat de nævnte betingelser overholdes.

Det årlige gebyr, som ifølge udbudsbekendtgørelsen skal betales for at være optaget i kvalifikationsordningen, er den pris, Achilles Systems AS kræver for at optage og administrere den enkelte deltager i kvalifikationsordningen. Gebyret gradueres efter antallet af CPV-koder, som ansøgeren ønsker at

blive optaget på. Ordregiverne betaler ligeledes et (betydeligt større) omsætningsafhængigt beløb for at anvende ordningen.

Virksomheder, der ansøger om og optages i den annoncerede kvalifikationsordning, får adgang til at deltage i udbud fra et meget stort antal virksomheder i Danmark, Norge, Sverige, Finland og Tyskland.

Henset hertil og til det oplyste om baggrunden for gebyret, finder klagenævnet, at gebyret må anses for rimeligt begrundet og proportionelt. Den omstændighed, at større virksomheder kan have større interesse i at deltage i kvalifikationsordningen end mindre virksomheder, eller at mindre virksomheder kan opleve gebyret som mere byrdefuldt end større virksomheder, indebærer ikke, at gebyret kan anses for diskriminerende eller for at hindre adgangen til ordningen.

Påstanden tages derfor ikke til følge.

#### Ad påstand 5

Påstanden må ifølge de fremsatte anbringender forstås sådan, at klageren påstår, at indklagede har handlet i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivets Bilag XIV om oplysninger, der skal angives i bekendtgørelser om kvalifikationsordninger, idet

- i) indklagede har undladt at angive klage- og eventuelt mæglingsorgan korrekt, jf. bilag XIV punkt 8, og
- ii) indklagede ikke har givet de oplysninger, som kræves i bilag IXV, punkt [6] (formentlig mener klageren punkt 3).

Om i) bemærkes, at ordregivere som allerede nævnt kan benytte en tjenesteyder som Achilles Systems AS, der tilbyder elektronisk at forestå og administrere en kvalifikationsordning, jf. forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 53.

I bekendtgørelsen om kvalifikation skal der, jf. forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 41, stk. 3, jf. bilag XIV punkt 8, oplyses om:

»Navn og adresse på det kompetente klage- og om nødvendigt mæglingsorgan.«

Som anført ovenfor vedrørende spørgsmålet om klagenævnets kompetence indeholder det nuværende forsyningsvirksomhedsdirektiv ikke lovvalgsregler, som ved fælles udbud mellem ordregivere i flere lande gør det muligt at vælge et af ordregivernes medlemslands lovgivning som den, der gælder for udbuddet. Dermed er det/de relevante organer, jf. bilag XIV, punkt 8, klageorganet, og eventuelt mæglingsorganet, i det land, hvor den ordregiver, der konkret klages over, er hjemmehørende.

I kvalifikationsbekendtgørelsen er der alene oplyst om det norske klageorgan og mæglingsorgan, og ikke om de klageorganer mv., der er kompetente for så vidt angår de svenske, finske, tyske og danske ordregiveres vedkommende.

Efter det, som indklagede har oplyst, skyldes dette imidlertid ikke blot uklarheden om, hvilket klage/mæglingsorgan der skal angives, men også det rent praktiske forhold, at der ikke i den elektroniske bekendtgørelsesblanket er plads til et skrive mere end et klageorgan og et mæglingsorgan i rubrik VI.3).

På den baggrund tages den del af klagerens påstand 5, som vedrører angivelse af klage- og eventuelt mæglingsorgan, ikke til følge.

For så vidt den del af klagerens påstand 5, som vedrører punkt 6 i bilag XIV, bemærkes, at punkt 6 indeholder et krav om, at det i kvalifikationsbekendtgørelsen skal nævnes:

»at bekendtgørelsen har til formål at iværksætte udbud.«

Efter klagerens anbringender er det så vidt ses ikke dette punkt, men punkt 3 i bilaget, som klageren gør gældende, ikke er opfyldt. Af de grunde, der er anført ad påstand 3, tages denne del af påstand 5 ikke til følge. Kravet i punkt 6 må i øvrigt også anses for opfyldt.

Den del af påstand 5, som vedrører punkt 6 eller 3 i forsyningsvirksomhedsdirektivets bilag XIV tages derfor heller ikke til følge.

Ad påstand 6-8

Da ingen af påstandene 1-5 er taget til følge er der ikke grundlag for annullation.

Hverken påstand 6, 7 eller 8 tages derfor til følge.

Herefter bestemmes

Klagen tages ikke til følge.

Indklagede har ikke været repræsenteret af advokat eller anden professionel repræsentant. Ingen af parterne skal herefter betale sagsomkostninger til den anden part.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Katja Høegh

Genpartens rigtighed bekræftes.

Christina Kønig Mejl  
fuldmægtig